

VU Research Portal

Symboolwetgeving. De opkomst, ondergang en wederopstanding van een begrip

van Klink, B.M.J.

published in

RegelMaat

2014

DOI (link to publisher)

[10.5553/rm/0920055x2014029001002](https://doi.org/10.5553/rm/0920055x2014029001002)

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

van Klink, B. M. J. (2014). Symboolwetgeving. De opkomst, ondergang en wederopstanding van een begrip. *RegelMaat*, 29(1), 5-26. [1]. <https://doi.org/10.5553/rm/0920055x2014029001002>

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

ARTIKELEN

Symboolwetgeving: de opkomst, ondergang en wederopstanding van een begrip

B. van Klink

1. De wet als symbool: het vervolg

Symboolwetgeving lijkt terug van nooit weggeweest. In hun redactioneel voor *Ars Aequi* verzuchten Judit Altena-Davidsen en Emil Verheul: ‘Het pejoratief “symboolwetgeving” wordt de laatste jaren aan bijna ieder wetsvoorstel toegevoegd en is daarmee enigszins sleets geworden.’¹ Een snelle blik op internet bevestigt hun indruk. Recentelijk werd het voorstel om de reisdocumenten af te pakken van Nederlandse jihadisten die in Syrië willen vechten, afgedaan als ‘pure symboolwetgeving’.² Eerdere voorstellen werden eveneens als symbolisch bestempeld: de invoering van minimumstraffen,³ de verhoging van de leeftijdsgrens voor het drinken van alcohol van 16 naar 18 jaar⁴ en de wijziging van artikel 3:2a van het Burgerlijk Wetboek (BW), waarbij een onderscheid wordt gemaakt tussen zaken en dieren en tegelijk alle bepalingen die van toepassing zijn op zaken van overeenkomstige toepassing worden verklaard op dieren.⁵ De angst bestaat dat met de verharding van het hedendaagse maatschappelijke klimaat politici steeds vaker naar het instrument van symboolwetgeving zullen grijpen. In zijn afscheidsrede van 17 mei 2013 verwijst (inmiddels emeritus) hoogleraar Strafrecht Theo de Roos naar het wetsvoorstel voor strafbaarstelling van illegaal verblijf van vreemdelingen in Nederland (art. 108a Vreemdelingenwet 2000). ‘Het lijkt erop dat wij hier van doen hebben met symboolwetgeving in de slechtste zin van het woord’, zo stelt De Roos.⁶ ‘Het kabinet hecht zozeer aan de symbolische strafbaarstelling dat het op de koop toe neemt dat het in de handhavingspraktijk

- 1 J. Altena-Davidsen & E. Verheul, ‘Redactioneel: Symboolwetgeving’, *Ars Aequi* 2013, afl. 1, p. 5.
- 2 ‘Afpakken paspoort jihadist symboolwetgeving’, *de Volkskrant* 13 maart 2013, beschikbaar op: <www.volkskrant.nl/vk/nl/2668/Buitenland/article/detail/3413857/2013/03/22/Afpakken-paspoort-jihadist-symboolwetgeving.dhtml> (geraadpleegd op 15 oktober 2013).
- 3 Ed Nijpels spreekt in dit verband van een ‘onzinmaatregel’, die het wantrouwen in de rechter zou aanwakkeren. Vgl. ‘Nijpels: VVD gaat te veel richting PVV’, *Algemeen Dagblad* 10 februari 2012, beschikbaar op: <www.ad.nl/ad/nl/1012/Nederland/article/detail/3170143/2012/02/10/Nijpels-VVD-gaat-te-veel-richting-PVV.dhtml> (geraadpleegd op 15 oktober 2013).
- 4 Zie <www.binnenlandsbestuur.nl/bestuur-en-organisatie/nieuws/ger-koopmans-alcoholverbod-is-symboolwetgeving.9021431.lynkx> (geraadpleegd op 15 oktober 2013).
- 5 Vgl. M. Tuil & W. Dijkshoorn, ‘Symboolwetgeving in wording. Reactie op: “Dieren zijn geen zaken, maar ook geen mensen”’, *Nederlands Juristenblad* 2010, p. 1119. Altena-Davidsen & Verheul 2013 hebben hierop later gereageerd (zie par. 2).
- 6 T. de Roos, *Grimmig spiegelbeeld. Ontwikkelingen in de strafwetgeving in de laatste decennia* (afschidsrede Tilburg), Tilburg: Tilburg University Press 2013, p. 9.

grote problemen kan opleveren en geen of slechts een marginale afschrikwekkende werking heeft.⁷

In het politieke gekrakeel rond wetgeving bestaat inderdaad de neiging om elk wetsvoorstel dat in de praktijk moeilijk uitvoerbaar en handhaafbaar lijkt, symbolisch te noemen, zeker wanneer de ideologische verschillen tussen de partijen groot zijn. Gemakkelijk, al te gemakkelijk, wordt dan naar de diskwalificatie 'symboolwetgeving' gegrepen om het wetsvoorstel bij voorbaat naar de prullenmand te verwijzen. Daarmee dreigt het begrip, zoals Altena-Davidson en Verheul terecht aangeven, 'enigszins sleets' te worden.⁸ Die dreiging bestaat al langer, want met mijn proefschrift uit 1998 beoogde ik juist het begrip nader uit te werken en te behoeden voor een te gemakzuchtig politiek-retorisch gebruik.⁹

Na de verdediging van mijn proefschrift zijn er verschillende publicaties verschenen waarin kritisch dan wel instemmend werd gereageerd op de communicatieve benadering van wetgeving, die ik met mijn promotor Willem Witteveen¹⁰ heb bepleit.¹¹ Ik heb me indertijd maar in beperkte mate met deze discussie ingelaten, deels omdat ik me in veel van de aangevoerde kritiekpunten kon vinden en deels omdat ik, na meer dan tien jaar met het onderwerp te zijn bezig geweest, er wel klaar mee was en me wilde gaan bezighouden met andere onderwerpen van meer politiek-filosofische aard.¹² Het lijkt erop dat nu het moment is gekomen waarop ik de kritische zelfevaluatie niet langer kan uitstellen. Ik word de laatste tijd, na jaren van radiostilte, opeens weer benaderd met verzoeken om bijdragen over symboolwetgeving, niet alleen door de redactie van *RegelMaat*, maar bijvoorbeeld ook door Luc Wintgens, redacteur van de serie 'Legisprudence Library' van uitgeverij Springer.¹³

In dit artikel wil ik ingaan op de vraag wat de relevantie van de communicatieve benadering is voor de theorie en de praktijk van wetgeving in de huidige tijd. Het is uitdrukkelijk geen 'reply to critics', al was het maar omdat ik zelf een van die critici ben geworden. Maar het gaat er mij om, gegeven mijn huidige stellingname,¹⁴ vast te stellen wat nog de betekenis kan zijn van de communicatieve benadering van wetgeving en in welke opzichten deze benadering aanvulling of

7 De Roos 2013, p. 12.

8 Altena-Davidson & Verheul 2013, p. 5.

9 B. van Klink, *De wet als symbool. Over wettelijke communicatie en de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.

10 Zie o.m. W.J. Witteveen, 'De jacht op de wet', in: W.J. Witteveen, P. van Seters & G. van Roermund (red.), *Wat maakt de wet symbolisch?*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 115-136; W.J. Witteveen, 'Twee communicatiemodellen en het bereik van de wet', in: W.J. Witteveen, H.D. Stout & M.J. Trappenburg (red.), *Het bereik van de wet*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 13-42.

11 Voor een overzicht hiervan, zie par. 3.

12 Vanaf de publicatie van B. van Klink, 'In de macht van de rechtsstaat', in: W. Witteveen & B. van Klink, *De sociale rechtsstaat voorbij. Twee ontwerpen voor het huis van de rechtsstaat* (Serie 'Voorstudies en achtergronden' van de WRR, nr. V116), Den Haag: Sdu Uitgevers 2002, p. 127-217.

13 Het *boek proposal* dat ik naar aanleiding daarvan met twee collega's, Britta van Beers en Lonneke Poort, heb ingediend, is inmiddels door de uitgever aanvaard.

14 Zie hiertoe m.n. B. van Klink, *Rechtsvormen. Autonomie van recht en rechtswetenschap* (oratie VU Amsterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

correctie heeft. Eerst zal ik kort de hoofdlijnen van mijn proefschrift schetsen (par. 2) en vervolgens laten zien tot welk debat de communicatieve benadering in de Nederlandse rechtswetenschap aanleiding heeft gegeven en welke ontwikkelingen zich nadien hebben voorgedaan (par. 3). Daarna zal ik reageren op wat ik beschouw als de meest interessante, maar niet noodzakelijk terechte, kritiekpunten (par. 4). Tot slot geef ik aan op welke punten de communicatieve benadering van wetgeving naar mijn mening zou moeten worden aangepast en verder ontwikkeld (par. 5).

2. Twee begrippen van symboolwetgeving

2.1 *Symboolwetgeving in negatieve zin*

Wat maakt een wet symbolisch?¹⁵ In de rechtssociologie spreekt men over het algemeen van ‘symboolwetgeving’, wanneer een wet wordt uitgevaardigd met de bedoeling om binnen de samenleving te functioneren als een symbool.¹⁶ In de semiotiek worden symbolen opgevat als een bijzonder soort van connotatieve tekens, dat wil zeggen tekens die naast hun gebruikelijke, letterlijke of conventionele, betekenis nog een secundaire betekenis (of: connotatie) overdragen.¹⁷ Een bestaande eenheid van uitdrukking en inhoud, die de basis vormt voor een ‘gewoon’ teken, fungeert hierbij als uitdrukking voor een nieuwe inhoud. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het teken ‘zon’, dat niet alleen de primaire betekenis ‘hemellichaam’ heeft, maar ook nog connotaties met zich brengt als ‘ontspanning’ en ‘vakantie’. Net als elk connotatief teken kenmerkt een symbool zich door een gelaagde betekenisstructuur. De secundaire betekenis die het overdraagt, heeft echter meestal een vager en onbepaalder karakter dan de gewone connotatie. Er bestaat geen vooraf aanvaarde code die de interpretatie van een symbool stuurt of vaststelt. Symbolen representeren, zoals Winfried Nöth aangeeft, een ‘immaterial content of importance to human life’.¹⁸ In veel gevallen zijn er ‘hogere’ waarden van geestelijke aard in het geding. Zo is Nelson Mandela na zijn invrijheidstelling in de hele wereld uitgegroeid tot een symbool voor idealen als rechtvaardigheid, gelijkheid en vergeving. Karakteristiek voor een symbool is dat de letterlijke betekenis, hoewel van minder belang, toch behouden blijft: Mandela was ook de persoon die zich verzette tegen het apartheidsregime, jarenlang gevangen werd gehouden op Robbeneiland, na zijn vrijlating president van Zuid-Afrika werd en inmiddels helaas is overleden. In de ontstane heldenverering verdwijnen deze elementaire levensfeiten allengs naar de achtergrond ten gunste van hogere waarden die de oud-politicus voor velen symboliseert. Een bekend, maar

15 Deze paragraaf is grotendeels ontleend aan de hoofdstukken 1 en 2 uit mijn proefschrift, zoals weergegeven in Van Klink 2002, maar is op enkele punten geactualiseerd en herzien.

16 Vgl. W.A. Thurman, *The Symbols of Government*, New Haven: Yale University Press 1938; V. Aubert, *Proeven van rechtssociologie*, Antwerpen: Wetenschappelijke uitgeverij 1971; J.R. Gusfield, *Symbolic Crusade. Status Politics and the American Temperance Movement*, Urbana: University of Illinois Press 1976.

17 U. Eco, *Semiotics and the Philosophy of Language*, Londen: MacMillan Press 1984, p. 131-163.

18 W. Nöth, *Handbook of Semiotics*, Bloomington: Indiana University Press 1990.

nogal versleten, juridisch symbool is Vrouwe Justitia, die staat voor een strenge, onpartijdige en rechtvaardige rechtstoepassing.

Wanneer een wet wordt gezien als een symbool, betekent zij ook iets anders en iets meer dan op het eerste gezicht lijkt. De wetgever wil met een dergelijke wet een teken in het leven roepen, waarvan de betekenis uitstijgt boven de hierin vastgelegde gedragsregels.¹⁹ De wet in kwestie dient met andere woorden een semantische meerwaarde te krijgen voor de samenleving of één of meer groeperingen daarin. In de gangbare betekenis van het woord kan een wet worden beschouwd als een verzameling van materiële bepalingen – geboden, verboden, vrijstellingen en/of toestemmingen –, die mogelijk worden ondersteund door bepalingen ter handhaving en sanctionering die de naleving ervan waarborgen, bijvoorbeeld door middel van dreiging met gevangenisstraf of een boete. In geval van symboolwetgeving tracht de wetgever aan deze primaire of letterlijke betekenislaag nog een tweede, symbolische laag toe te voegen. Symboolwetgeving wordt dus, evenals een symbool, gekenmerkt door een gelaagde betekenisstructuur: op de primaire (of letterlijke) betekenislaag bevindt zich de conceptuele inhoud van de materiële bepalingen en de bepalingen ter handhaving en sanctionering, terwijl de secundaire (of symbolische) laag bestaat uit de geestelijke waarden die hieraan worden toegekend. Deze geestelijke waarden worden met een sterk politiek²⁰ karakter gediend, zoals bezwering van een maatschappelijk conflict.

De secundaire betekenis die een symboolwet krijgt, verdringt grotendeels de ‘eigenlijke’ of ogenschijnlijke betekenis van de wet. Dat houdt in dat het niet zozeer gaat om het afdwingen van bepaalde gedragsnormen en daardoor het bereiken van de hieraan ten grondslag liggende doelstelling(en), maar veeleer om de expressie van geestelijke waarden in de politieke sfeer. Om die reden laat de wetgever opzettelijk na voldoende maatregelen te nemen om de naleving van de wet te waarborgen. Ook bevat een symboolwet in veel gevallen vage normen die, in ieder geval voor de normadressaten en/of de leden van de doelgroep, niet of nauwelijks te begrijpen zijn, of zelfs contradictoire normen. De geestelijke waarden waaraan een symboolwet uitdrukking geeft, kunnen zeer uiteenlopend van aard zijn en hoeven ook niet voor elke sociale groep in de samenleving dezelfde te zijn. Bovendien wijzigen interpretaties zich in de loop van de tijd. M.V.C. Aalders heeft laten zien dat de milieubeweging de Hinderwet aanvankelijk, ten tijde van de parlementaire discussie over de wijziging van de wet in 1981, beschouwde als een morele overwinning op de industrie. Toen in een later stadium de voorgestelde maatregelen ter bestrijding van gevaar, schade of hinder volstrekt onvoldoende bleken, symboliseerde de wet voor de milieubeweging juist de misleiding door de overheid.²¹

19 H. Kindermann, ‘Alibigesetzgebung als symbolische Gesetzgebung’, in: R. Voigt (red.), *Symbole der Politik, Politik der Symbole*, Opladen: Lese Verlag & Budrich 1989, p. 257-273, p. 265.

20 De term ‘politiek’ wordt hierbij in negatieve zin opgevat als een oneigenlijk gebruik van macht door gezagsdragers, dat ten bate komt van een individueel of groepsbelang en ten koste gaat van het algemeen belang.

21 M.V.C. Aalders, *Industrie, milieu en wetgeving. De Hinderwet tussen symboliek en wetgeving*, Amsterdam: Kobra 1984.

In tegenstelling tot instrumentele wetgeving is symboolwetgeving niet gericht op normconformiteit, maar op het bereiken van andere, hiervan onafhankelijke effecten.²² Aangezien deze onafhankelijke effecten hoofdzakelijk in de geestelijke sfeer liggen en een sterk politiek karakter kennen, worden deze effecten als ‘negatief-symbolisch’ aangeduid. Met een symboolwet kunnen drie verschillende negatief-symbolische effecten worden nagestreefd: ten eerste, de bevestiging van het normenstelsel dat een bepaalde sociale groep verdedigt; ten tweede, de demonstratie van de daadkracht en het handelingsvermogen van de regering; of, ten derde, de oplossing van een maatschappelijk conflict tussen twee (of meer) ongelijkwaardige groepen of partijen. Met deze beoogde effecten corresponderen drie typen van symboolwetgeving: statuswetgeving, illusiewetgeving en compromiswetgeving.²³ Statuswetgeving heeft om te beginnen tot doel het aanzien dat een bepaalde groep geniet in de samenleving te vergroten. De Amerikaanse droogleggingswetgeving uit het begin van de twintigste eeuw, die een officiële erkenning inhield van de ascetische, protestantse moraal, is hiervan een bekend voorbeeld.²⁴ Met de uitvaardiging van een illusiewet probeert de regering vervolgens de indruk te wekken dat zij een bepaalde crisissituatie onder controle heeft. Het door De Roos gegeven voorbeeld van het wetsvoorstel voor strafbaarstelling van illegaal verblijf van vreemdelingen in Nederland (zie par. 1) kan als illusiewetgeving worden opgevat. Het vluchtelingenvraagstuk wordt met dit voorstel volgens De Roos niet opgelost, maar er wordt een signaal aan de samenleving gegeven dat er iets aan wordt gedaan. Gelegenheidswetgeving die naar aanleiding en ten behoeve van een enkel incident is opgesteld, zoals de wetgeving die permanente camerabewaking van Volkert van der G. mogelijk maakte, valt vaak ook onder deze categorie.²⁵ Bij compromiswetgeving gaat het er ten slotte om groepen of partijen die in het wetgevingsproces lijnrecht tegenover elkaar staan, tijdelijk met elkaar te verzoenen door middel van een schijncompromis, zoals in het geval van de Hinderwet.

Hieruit blijkt dat met symboolwetgeving wel degelijk instrumentele doelstellingen kunnen worden verbonden. Het is dus een misverstand te denken dat symboolwetgeving de absolute tegenhanger vormt van instrumentele wetgeving en gelijkstaat aan geheel ineffectieve wetgeving. Symboolwetten staan niet buiten de sociale werkelijkheid, maar kunnen er wel degelijk invloed op uitoefenen. Een symboolwet functioneert alleen op een andere manier dan een ‘gewone’ instrumentele wet en bovendien dient ze andere doelen, zoals de tijdelijke bezwering van een dreigende crisis, wijziging van de bestaande statusverdeling en herstel van geschonden vertrouwen.

22 J. Griffiths, *Is Law Important?* (oratie Groningen), Deventer: Kluwer 1978, p. 11.

23 H. Kindermann, ‘Symbolische Gesetzgebung’, in: D. Grimm & W. Maihofer (red.), *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik*, Opladen: Westdeutscher Verlag 1988, p. 222-245, p. 230-239.

24 Vgl. Gusfield 1976.

25 Vgl. A. Jasiak, *Constitutional Constraints on Ad Hoc Legislation. A Comparative Study of the United States, Germany and the Netherlands* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2010, p. 195-201.

2.2 *Symbolwetgeving in positieve zin (of communicatieve wetgeving)*

Begin jaren negentig van de vorige eeuw kwam in de rechtswetenschap een ander, positief begrip van symboolwetgeving op, dat eveneens bedoeld was als een alternatief voor de gebruikelijke instrumentele sturing.²⁶ Omdat deze aanduiding een te sterke verwantschap suggereert met de hiervoor beschreven, ‘negatieve’ vorm van symboolwetgeving, heb ik in mijn proefschrift voorgesteld te spreken van ‘communicatieve wetgeving’.²⁷ Weliswaar wordt er in geval van communicatieve wetgeving ook een open normering gehanteerd, maar met een geheel andere intentie. De wetgever vaardigt aspiratieve normen uit, die in dialoog met de verschillende juridische, politieke en maatschappelijke actoren en instanties verder ontwikkeld dienen te worden. Aspiratieve normen zijn rechtsnormen waarvan de betekenis (nog) niet of niet geheel uitgekristalliseerd is in een samenleving, maar die toch fundamentele streefdoelen of idealen vertegenwoordigen voor die samenleving. Een voorbeeld hiervan is het discriminatieverbod van artikel 1 van de Grondwet (Gw) en de Algemene wet gelijke behandeling. Dergelijke normen worden zowel algemeen erkend als betwist. Ze worden algemeen erkend, omdat geen redelijk mens er in algemene zin tegen is of kan zijn. De meerderheid van de Nederlandse bevolking is overtuigd van de gelijkwaardigheid van mensen – of ze nu zwart of wit, man of vrouw, homo- of heteroseksueel zijn – en daarmee van het belang van gelijke behandeling. Dit is de basisconsensus waarvan artikel 1 Gw getuigt. Tegelijkertijd wordt deze norm hevig betwist wanneer het op de toepassing *in concreto* aankomt. Mag een christelijke school homoseksuele leerkrachten weigeren? Mag een ambtenaar van de burgerlijke stand weigeren om een huwelijk te sluiten tussen partners van gelijk geslacht? Is het geoorloofd dat Zwarte Piet zwart geschminkt wordt? Achter de basisconsensus gaat een heterogeniteit aan opvattingen schuil over de concrete invulling van de norm.

Aangezien de doelstellingen waaraan communicatieve wetgeving uitdrukking geeft een vrij algemeen en idealistisch karakter hebben, kunnen ze moeilijk door middel van duidelijke of scherpe geboden en verboden worden gerealiseerd. Open normen zijn daartoe meer geëigend. De interpretatiegemeenschap²⁸ die door een wet in het leven wordt geroepen, heeft de collectieve verantwoordelijkheid deze open normen een zo passend mogelijke invulling te geven in het licht van een concrete historische situatie. Tot deze gemeenschap kunnen zowel juridische en politieke instanties die bij de totstandkoming van de wet zijn betrokken (wetgever, rechterlijke macht en bestuur), worden gerekend, als actoren en instanties die hierop van een afstand commentaar leveren (wetenschappers, belangengroepen, journalisten en publicisten). Ten behoeve van de verdere uitwerking reikt de wet wezenlijke, ruim geformuleerde gezichtspunten aan, maar doet geen definitieve uitspraken. Ze biedt alleen, met een term van Martha Minow, een ‘communicative framework’ waarbinnen mogelijke oplossingen voor maatschappelijke

26 Zie o.m. W.J. Witteveen, P. van Seters & G. van Roermund (red.), *Wat maakt de wet symbolisch?*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991.

27 Van Klink 1998, p. 90.

28 Het begrip ‘interpretatiegemeenschap’ is ontleend aan S. Fish, *Is There a Text in This Class? The Authority of Interpretative Communities*, Cambridge: Harvard University Press 1980, p. 171. In mijn proefschrift heb ik daaraan een eigen, juridische invulling gegeven.

problemen gezocht worden.²⁹ Op deze manier zendt de wetgever dus eigenlijk twee verschillende normen uit: de open, aspiratieve norm zelf (de primaire norm) en de opdracht – gericht aan de hele interpretatiegemeenschap – deze norm ver uit te werken en te concretiseren (de secundaire norm).³⁰

Er kunnen drie typen van communicatieve wetgeving worden onderscheiden. In mijn proefschrift heb ik er twee beschreven: constituerende wetgeving en mentaliteitswetgeving. Op deze plaats zou ik daar nog een derde aan willen toevoegen: expressiewetgeving. In geval van constituerende wetgeving legt de wetgever de basisstructuur van de normatieve orde vast, inclusief een rolverdeling tussen de belangrijkste juridische en politieke actoren die deze structuur tot gelding moeten brengen. Hij zoekt daartoe zo veel mogelijk aansluiting bij breed gedeelde rechtsopvattingen in de samenleving.³¹ Hierbij kan met name worden gedacht aan (geschreven) constituties. Mentaliteitswetgeving is daarentegen meer modificerend van aard: zij wordt uitgevaardigd om gangbare denk- en waardepatronen en daarmee verbonden gedragingen te veranderen op een niet-instrumentalistische wijze. Dat betekent dat normconformiteit niet zozeer via sancties, als wel via overtuiging wordt bevorderd. Als casus heb ik in mijn proefschrift de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid behandeld, waarvan de handhaving grotendeels in handen werd gelegd van de Commissie gelijke behandeling (het tegenwoordige College van mensenrechten en gelijke behandeling), die enkel de bevoegdheid heeft om partijen in een geschil juridisch niet-bindende adviezen te geven. Als derde type kan nog worden gedacht aan expressiewetgeving, die enkel of voornamelijk een officiële bekrachtiging van fundamentele waarden behelst. Zo beoogde de wetgever met de wijziging van artikel 3:2a BW, waarbij een onderscheid wordt gemaakt tussen zaken en dieren, erkenning te geven aan ‘de intrinsieke waarde van het dier’.³² In tegenstelling tot Tuil en Dijkshoorn,³³ hebben Altena-Davidsen en Verheul geen moeite met een dergelijke juridische waarde-expressie:

‘Zolang het systeem van het burgerlijk recht niet wordt verstoord, en zolang de wetgever geen verborgen agenda heeft met wetgeving, is het dan problematisch om wetgeving te laten aansluiten bij de beleavingswereld van mensen? Waarom zou een wet niet mogen uitdragen dat dieren geen zaken zijn, als we het daarover eens zijn?’³⁴

Hoewel de juridische afdwingbaarheid van communicatieve wetgeving beperkt is, is zij wel degelijk gericht op effectiviteit. Witteveen stelt twee eisen aan een communicatieve wet: ‘De wet moet (...) tegelijk effectief zijn ten opzichte van de door de wet beoogde normadressaten en oriëntatiepunten bieden voor degenen die bij

29 M. Minow, *Making All the Difference. Inclusion, Exclusion, and American Law*, Ithaca: Cornell University Press 1990, p. 294.

30 A. Allott, *The Limits of Law*, Londen: Butterworths 1980, p. 33.

31 K. Burke, *A Grammar of Motives*, Berkeley: University of California Press 1969, p. 365.

32 *Kamerstukken II* 2007/08, 31389, nr. 3, p. 3.

33 Tuil & Dijkshoorn 2010, p. 117.

34 Altena-Davidsen & Verheul 2013, p. 5.

de interpretatie van de wet (...) betrokken zijn.³⁵ Wanneer een wet voldoet aan beide eisen van effectiviteit en symbolische ordening, is er volgens hem sprake van 'symboolwerking'. Maar aangezien de wetgever geen precies omschreven toestand in de werkelijkheid nastreeft, zoals bij instrumentele sturing, kunnen de doelen die ten grondslag liggen aan communicatieve wetgeving slechts bij benadering worden gehaald. Op de leden van de interpretatiegemeenschap rust de collectieve verplichting de aspiratieve norm zo goed mogelijk tot gelding te brengen.

3. De voortgaande discussie

De communicatieve benadering van wetgeving, zoals uitgewerkt door Witteveen en mij, heeft tot de nodige wetenschappelijke discussie aanleiding gegeven. Deze discussie hebben we deels over onszelf afgeroepen door collega's in twee bundels uit te nodigen hierop te reageren.³⁶ In het debat komen, algemeen genomen, twee soorten van kritiek naar voren: enerzijds wordt er vanuit rechtssociologische hoek aangevoerd dat de communicatieve benadering van wetgeving gebaseerd zou zijn op een empirisch onjuist, sterk geïdealiseerd en zelfs naïef beeld van de juridische en politieke werkelijkheid; anderzijds wordt er van rechtstheoretische zijde kritiek uitgeoefend op de conceptuele, theoretische en normatieve uitgangspunten van de communicatieve benadering.³⁷ Ik zal hieronder per type kritiek de (naar mijn mening) belangrijkste punten toelichten.

Vanuit rechtssociologisch gezichtspunt wordt, om te beginnen, betoogd dat de communicatieve benadering het wetgevingsproces te zeer van 'bovenaf', vanuit de positie van de wetgever beschrijft. Ondanks alle lippendienst aan dialoog en interactie is het de wetgever die het initiatief neemt tot het stellen van regels en die de regie houdt over de uitvoering en uitwerking van de juridische normen. De communicatieve wetgever stuurt het wetgevingsproces nog steeds vanuit een positie boven of buiten de samenleving. Marc Hertogh stelt:

'Net als het instrumentalisme is deze benadering van communicatieve wetgeving gebaseerd op een top-down perspectief, waarin de wetgever – na overleg en communicatie – nog steeds het laatste woord heeft.'³⁸

Volgens Hertogh is 'de' wetgever – die hij opvat als een verzameling van diverse actoren met uiteenlopende belangen – in het wetgevingsproces niet de enige en

35 Witteveen 1991, p. 117.

36 Vgl. B. van Klink & W. Witteveen (red.), *De overtuigende wetgever*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 5-28; N. Zeegers, W. Witteveen & B. van Klink (red.), *Social and Symbolic Effects of Legislation under the Rule of Law*, Lewiston: The Edwin Mellen Press 2005.

37 Dit onderscheid ziet op het type kritiek en zegt niet noodzakelijk iets over degenen die de kritiek heeft geuit. Het is dus heel goed mogelijk dat dezelfde wetenschapper beide soorten van kritiek (rechtssociologisch en rechtstheoretisch) naar voren brengt.

38 M. Hertogh, 'De wonderlijke wereld van de wetgever. Feit en fictie van communicatieve wetgeving', in: B. van Klink & W. Witteveen (red.), *De overtuigende wetgever*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 45-60, p. 59.

niet noodzakelijk de belangrijkste speler. Wetgeving is in zijn optiek het onvoorspelbare resultaat van een complex proces van onderhandelen waarbij meerdere partijen, afkomstig zowel van de overheid als uit de samenleving, zijn betrokken. Met de vaststelling van wetgeving stopt het onderhandelingsproces niet, maar gaat het daarna gewoon door. Instanties en burgers op de werkvloer maken hun eigen regels, soms met behulp van de wettelijke regels (wanneer ze die ten eigen voordele kunnen uitleggen) of desnoods (als dat niet gaat) buiten de wet om. Tegenover het *top-down* perspectief van de communicatieve benadering plaatst Hertogh een *bottom-up* benadering, waarbij de focus verschuift van officiële actoren aan de 'top' van het wetgevingsproces naar de sociale processen 'onder aan' de samenleving.³⁹ Ook Wibren van der Burg gaat er in zijn interactionistische visie op het recht van uit dat het wetgevingsproces niet centraal wordt gestuurd, maar plaatsvindt in een netwerk van actoren:⁴⁰

'[T]aking legislation as a starting point for analysis easily leads to regarding the legislature as the central actor in normative analysis. In a consistently interactionist approach, the normative perspective of the actor should also be broadened. Society should be analysed more in terms of a network of actors interacting with each other than of one central actor interacting with all other actors.'

Het is volgens hem onjuist om te veronderstellen dat communicatieve wetgeving, in haar constituerende functie, een interpretatiegemeenschap in het leven roept; al voorafgaande aan de vaststelling van de wet bestaat er een discussie- en handelingspraktijk waarbij de wetgever moet aansluiten, wil de wetgeving zowel effectief als legitiem zijn. Zodra de wet is vastgesteld, wordt die praktijk voortgezet, zonder dat de wet daarbij een centrale rol hoeft te spelen. Bovendien vindt een deel van de rechtsontwikkeling zelfs geheel buiten de wetgever om plaats, in de vorm van 'implicit law' of 'emergent law'.⁴¹ De rechtsontwikkeling is dus een voortgaand communicatieproces tussen burgers onderling en tussen burgers en de wetgever, waarbij de wetgever noch het eerste, noch het laatste woord heeft. Vervolgens wordt aangevoerd dat de basisconsensus die de communicatieve benadering veronderstelt bij de vastlegging van een fundamentele waarde, vaak niet bestaat. Het kan zo zijn dat burgers het op een abstract niveau met elkaar eens zijn over bijvoorbeeld gelijkheid als aspiratieve norm, maar bij de concrete toepassing van die norm komen al gauw diepgaande meningsverschillen naar voren. Jellienke Stamhuis maakt een onderscheid tussen een 'abstract-betekenisloze'

39 Dit wordt nader uitgewerkt in M. Hertogh, 'The Social Making and Social Working of Legislation', in: N. Zeegers, W. Witteveen & B. van Klink (red.), *Social and Symbolic Effects of Legislation under the Rule of Law*, Lewiston: The Edwin Mellen Press 2005, p. 163-181.

40 W. van der Burg, 'The Irony of Symbolic Crusades. The Debate on Opening Up Civil Marriage to Same-Sex Couples', in: N. Zeegers, W. Witteveen & B. van Klink (red.), *Social and Symbolic Effects of Legislation under the Rule of Law*, Lewiston: The Edwin Mellen Press 2005, p. 245-275, p. 257-258.

41 W. van der Burg, 'Het primaat van de praktijk', in: B. van Klink & W. Witteveen (red.), *De overtuigende wetgever*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 105-122, p. 115.

consensus, een voorgewende consensus en een consensus die het product is van een compromis.⁴² Zij stelt dat wetgeving veelal voortkomt uit een compromis, waarbij de wetgever een keuze heeft moeten maken uit de verschillende normen. Consensus is dan niet meer dan een dekmantel om de gemaakte politieke keuzen te verhullen:

‘Yet, it seems to be more realistic to assert that the legislator, while formulating a value or norm, may pretend to have found consensus, but in fact reflects the compromise that has been reached during the legislative process. During this process, the legislator has been prioritizing norms and making a selection between them.’⁴³

Lonneke Poort voegt daaraan toe, in het kader van haar pleidooi voor een ‘ethos of controversies’, dat de wetgever er ook niet naar moet streven om (voortijdig) consensus te bereiken, maar juist ruimte moet geven aan de verscheidenheid aan gezichtspunten.⁴⁴

Tot slot is er vanuit de rechtssociologie kritiek op het gehanteerde begrip van effectiviteit. De werking van communicatieve wetgeving is een langdurig, moeizaam en onzeker proces, waarbij via beïnvloeding van het denken en spreken op termijn ook veranderingen in het gedrag bewerkstelligd moeten worden. John Griffiths ziet hierin vooral een apologie voor niet-werkzame wetgeving:

‘The last desperate refuge of the defender of a law that has been shown not to produce the behavioral results claimed for it (...) is to cry triumphantly (and unfalsifiably): “Yes, but it has important ‘symbolic’ effects!”’⁴⁵

Griffiths is vooral geïnteresseerd in waarneembaar gedrag en daar draagt communicatieve wetgeving maar beperkt aan bij. Bovendien wekt de communicatieve benadering de indruk gericht te zijn op een subtiele, indirecte beïnvloeding van het gedrag van burgers – via ‘zachte’ middelen als overleg en overtuiging in plaats van dreiging met sancties. Er is dan volgens Hertogh geen wezenlijk verschil met instrumentele sturing.⁴⁶

42 J.N. Stamhuis, *Conflicting Interests in Corporate Regulation. An Exploration of the Interactionist Approach to Legislation in Employee Participation and Corporate Governance* (diss. Groningen), Enschede: Gildeprint Drukkerijen 2006, p. 178.

43 J. Stamhuis, ‘Communicative Law. A Quest for Consensus’, in: N. Zeegers, W. Witteveen & B. van Klink (red.), *Social and Symbolic Effects of Legislation under the Rule of Law*, Lewiston: The Edwin Mellen Press 2005, p. 277-297, p. 286.

44 L. Poort, *Consensus & Controversies in Animal Biotechnology. An Interactive Legislative Approach to Animal Biotechnology in Denmark, Switzerland, and the Netherlands*, Den Haag: Eleven International Publishing 2013, p. 158.

45 J. Griffiths, ‘Do Laws Have Symbolic Effects?’, in: N. Zeegers, W. Witteveen & B. van Klink (red.), *Social and Symbolic Effects of Legislation under the Rule of Law*, Lewiston: The Edwin Mellen Press 2005, p. 147-161, p. 147.

46 Hertogh 2000, p. 54; vet en cursivering in het origineel.

‘In plaats van *command and control*, is er nu sprake van *communicate and control*. Het bevelskarakter van wetgeving (*command*) wordt weliswaar verruild voor een meer communicatieve benadering, maar die communicatie dient er (net als in het instrumentele model) uiteindelijk toe dat de wetgever de samenleving effectiever kan sturen en zijn inhoudelijke doelstellingen beter kan bereiken (*control*).’

Ook vanuit de rechtstheorie wordt het fundamentele onderscheid tussen instrumentele en communicatieve wetgeving betwist, zij het op andere gronden. Hans Lindahl vraagt zich af of de communicatieve benadering van wetgeving niet een ‘*radicalisering* van instrumentalisme’ is, wanneer ze ervan uitgaat dat in bepaalde situaties overtuiging effectiever is dan dwang. ‘Is een communicatieve benadering van wetgeving niet de ultieme “list” van de instrumentele *Vernunft*, de geduldige omweg die zij kiest om haar onmacht op korte termijn te compenseren?’⁴⁷ Pauline Westerman spreekt zelfs van ‘manipulatie’ en ‘tirannie’.⁴⁸ Volgens Lindahl is er qua rechtstoepassing geen fundamenteel (of ‘disjunctief’⁴⁹), maar hoogstens een gradueel verschil tussen instrumentele en communicatieve wetgeving: hermeneutisch gezien vereist elke rechtstoepassing, zowel bij open als bij scherpe normen, interpretatie en concretisering. Ook bij instrumentele wetgeving moet men daarom beroep doen op een interpretatiegemeenschap. Bovendien maakt communicatieve wetgeving, net als instrumentele wetgeving, deel uit van een hiërarchisch geordende structuur van normen. In navolging van Kelsen gaat Lindahl ervan uit dat ‘een hiërarchische opvatting van het recht (...) een *noodzakelijke* vooronderstelling van de rechtsvorming [is]. Anders uitgedrukt, rechtsvorming in het algemeen – en wetgeving in het bijzonder – impliceert dat het recht een gelaagde orde van normen is.’⁵⁰ Waar Hertogh en Van der Burg de communicatieve benadering eerder verweten wetgeving te zeer op te vatten als een centraal aangestuurd proces, werpt Lindahl haar juist tegen dat zij het hiërarchische karakter van wetgeving miskent.

Deze relativisering van het onderscheid tussen communicatieve en instrumentele wetgeving betreft niet alleen een conceptuele kwestie, maar er ligt een meer fundamenteel politiek-ideologisch probleem aan ten grondslag. Lindahl verwijt de communicatieve benadering dat zij, door dit onderscheid te maken, het geweldsaspect dat noodzakelijk aan wetgeving kleef, aan het zicht onttrekt:

‘Wat verloren dreigt te gaan bij de tegenstelling tussen dialoog en overtuiging enerzijds en bevelen en sancties anderzijds is het inzicht dat er een nooit weg

47 H. Lindahl, ‘Communicatieve wetgeving en volkssoevereiniteit’, in: B. van Klink & W. Witteveen (red.), *De overtuigende wetgever*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 173-188, p. 180.

48 P. Westerman, ‘Some Objections against an Aspirational System of Law’, in: N. Zeegers, W. Witteveen & B. van Klink (red.), *Social and Symbolic Effects of Legislation under the Rule of Law*, Lewiston: The Edwin Mellen Press 2005, p. 299-315, p. 313.

49 Lindahl 2000, p. 179.

50 Lindahl 2000, p. 175.

te werken rest van geweld is in de interpretatieve handeling waarbij een samenleving zich een “wij” noemt.⁵¹

Dialogoog en overtuiging zijn alleen mogelijk in een vooraf gegeven orde, waarbinnen al normatieve grenzen zijn getrokken die niet communicatief gerechtvaardigd kunnen worden. Er heeft reeds een in- en uitsluiting van normen plaatsgevonden, voordat op zinvolle wijze over de betekenis van de wet gediscussieerd kan worden. Ook bij communicatieve wetgeving ontkomt men er niet aan om op een bepaald moment de discussie af te breken en het recht te stellen. Dan blijkt dat het schijnbaar ‘zachte’ recht ook een harde kant heeft. Westerman maakt een vergelijkbaar punt: ‘I think that the obligatory character of aims should not be hidden under the mask of the benevolent legislator. Legislators, even interactive ones, not only *propose* but also *impose* aims and ideals.’⁵² Communicatieve wetgeving kent dus wel degelijk, net als instrumentele wetgeving, een bevelsmoment. Wel erkent Lindahl dat communicatieve wetgeving de mogelijkheid biedt, wellicht meer dan instrumentele wetgeving, om de bestaande normatieve begrenzungen ter discussie te stellen. Er is geen vaststaand welomschreven doel dat met communicatieve wetgeving wordt nagestreefd. Daarover dient juist in het maatschappelijke, politieke en juridische debat te worden gediscussieerd. Lindahl stelt: ‘Als communicatieve wetgeving een meerwaarde heeft, dan is het niet omdat zij de specificiteit van juridische communicatie – strijd – onderdrukt, maar omdat zij deze juist vrij spel geeft.’⁵³

Terwijl Lindahl het onderscheid tussen instrumentele en communicatieve wetgeving vergaand relateert, stelt Van der Burg voor dit helemaal op te heffen.⁵⁴ Hij voert aan dat elke wetgeving in meer of mindere mate communicatieve of expressieve functies vervult. Geen enkele wet is volgens hem volledig communicatief. In plaats van wetgeving te karakteriseren in termen van haar dominante functies, is het volgens hem zinvoller onderzoek te doen naar de communicatieve en expressieve functies van wetgeving. Hij bepleit een interactieve benadering van wetgeving, met name op het terrein van complexe moreel beladen kwesties (zoals de regulering van biotechnologie). Een van de centrale uitgangspunten van de interactieve benadering is dat de normontwikkeling op horizontaal niveau dient plaats te vinden, met inbreng van zowel publieke als private actoren op een gelijkwaardig niveau.⁵⁵ Daarnaast moet ervoor worden gezorgd dat de normontwikkeling ook na de vaststelling van de wet wordt voortgezet. Daartoe dient niet alleen het wetgevingsproces, maar ook het implementatieproces interactief te worden gestructureerd. Met de communicatieve benadering deelt de interactieve benadering een voorkeur voor open normen, omdat deze een voortgaande normontwikkeling mogelijk maken. Poort voert aan: ‘To engage with new trends, the interactive legislative approach uses open norms and a process of continuous

51 Lindahl 2000, p. 188.

52 Westerman 2005, p. 307.

53 Lindahl 2000, p. 178.

54 Van der Burg 2005, p. 256.

55 Vgl. Poort 2013, p. 27.

norm development that is sustained after the initial formation of legal norms.⁵⁶ Er is discussie mogelijk over de vraag of de interactieve benadering echt een breuk is met de communicatieve benadering of een voortzetting ervan met (deels) andere middelen. Ik ben geneigd om de interactieve benadering op te vatten als een radicalisering van de communicatieve benadering: weliswaar wordt het primaat van de wet 'gedeeltelijk' opgegeven ten gunste van een 'primaat van de praktijk',⁵⁷ maar nog steeds is de doelstelling de wetgeving responsiever, communicatiever dan wel interactiever te maken en beter te laten aansluiten bij normatieve ontwikkelingen in de samenleving.

4. Vijf stellingen

Het ontvangen van kritiek is een vervreemdende ervaring in twee opzichten: het vervreemdt je niet alleen van anderen, die je tekst anders blijken op te vatten dan je zelf bedoeld had, maar ook van jezelf, omdat je ervaart dat hetgeen je hebt geschreven heel goed en misschien zelfs beter anders kan worden begrepen.⁵⁸ Kritiek brengt jezelf verder en brengt de wetenschap verder. Wetenschappelijke kennis is altijd voorlopig en voor verbetering vatbaar. Zoals Max Weber stelt in zijn bekende lezing over wetenschap als beroep: 'Wissenschaftlich aber überholt zu werden, ist (...) nicht nur unser aller Schicksal, sondern unser aller Zweck. Wir können nicht arbeiten, ohne zu hoffen, dass andere weiter kommen werden als wir.'⁵⁹ In deze paragraaf wil ik nader ingaan op de bovenstaande kritiek, teneinde te achterhalen of de communicatieve benadering van wetgeving inmiddels achterhaald is geraakt of dat er nog aanpassingen en aanvullingen mogelijk zijn. Hierbij richt ik mij op de volgende vijf stellingen die tegen de communicatieve benadering zijn ingebracht:

1. De communicatieve benadering van wetgeving bekijkt het wetgevingsproces te zeer vanuit een *top-down* perspectief.
2. Wetgeving is meestal het resultaat van een politiek compromis en niet van consensus.
3. Symboolwerking is ofwel een wassen neus, ofwel een listige truc van de wetgever om alsnog het gedrag van burgers te sturen.
4. Het onderscheid tussen communicatieve en instrumentele wetgeving is niet houdbaar.

56 Vgl. Poort 2013, p. 33.

57 Van der Burg 2000, p. 121.

58 Zoals Gadamer aangeeft, begint 'begrijpen met een negatieve ervaring': iets is niet zoals je verwacht dat het is. Deze negatieve ervaring leidt ertoe dat je tot een beter begrip komt en is dus uiteindelijk productief: 'Diese, die eigentliche Erfahrung, ist immer eine negative. Wenn wir an einem Gegenstand eine Erfahrung machen, so heisst das, dass wir die Dinge bisher nicht richtig gesehen haben und nun besser wissen, wie es damit steht. Die Negativität der Erfahrung hat also einen eigentümlich produktiven Sinn' (H.-G. Gadamer, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1986, p. 359).

59 M. Weber, 'Wissenschaft als Beruf', in: M. Weber, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, Tübingen: Mohr, p. 582-613, p. 592.

5. De communicatieve benadering miskent het geweldsaspect dat met elke schepping en toepassing van recht is verbonden.

Ad 1. Het valt niet te ontkennen dat de communicatieve benadering van wetgeving vanuit een *top-down* perspectief naar het wetgevingsproces kijkt. Ze benadert wetgeving, zoals Westerman aangeeft, primair vanuit de positie van de wetgever: "The main concern of the communicative approach is to communicate legislative intent and to convince the citizens of the values cherished by the legislator."⁶⁰ Het is een wetgevingstheorie, die qua perspectief dichter bij het staatsrecht staat dan bij de rechtssociologie (hoewel ze daarbinnen ook sociologische inzichten incorporeert, bijvoorbeeld over de werking van semiautonome sociale velden⁶¹). Dat is een methodologische keuze die een bepaald type wetenschappelijke beschrijving mogelijk maakt, die vertrekt vanuit de wetgever en vanuit die positie verbanden tracht te leggen met andere juridische en politieke actoren en met de samenleving. In de rechtssociologie is het perspectief precies omgekeerd: daar staat de samenleving op de eerste plaats en wordt vervolgens gekeken op welke manieren actoren van binnen, buiten of boven de samenleving hierop inwerken. Vanuit de rechtssociologie is er geen enkele reden om een primaat van de wet aan te nemen. Sociologisch gezien moet de wet concurreren met vele andere gedragsregels, afkomstig uit andere normatieve domeinen (zoals de moraal, de godsdienst, het fatsoen, enzovoort), waartegen de wet het ongetwijfeld vaak zal moeten afleggen. De communicatieve benadering aanvaardt daarentegen wel het primaat van de wet als *descriptief énnormatief* uitgangspunt bij de ontwikkeling van haar wetgevingstheorie. Dat wil zeggen dat zij de wet beschouwt als het geprivilegieerde instrument waarmee de overheid een rechtsorde tot stand brengt.

Deze methodologische keuze wordt deels bepaald door de competentie en interesse van de wetenschapper en deels door normatieve overwegingen. Ik acht deze keuze nog steeds legitiem, hoewel ik best bereid ben met Hertogh en Van der Burg aan te nemen dat burgers een belangrijke bijdrage leveren aan de rechtsontwikkeling, zowel voor als na de aanvaarding van een wet; dat de werkzaamheid van de wet afhankelijk is van de aanvaarding ervan door burgers; dat op verschillende gebieden van het menselijk samenleven het recht maar een beperkte of geen enkele rol speelt enzovoort. Wat mij vooral interesseert, is hoe vanuit publieke instanties op nationaal, Europees en internationaal niveau bijgedragen kan worden aan de totstandbrenging van een rechtmatige en rechtvaardige orde, omdat ik er onvoldoende gerust op ben dat 'de' samenleving dat 'uit zichzelf' kan doen. Als zelfregulering een serieuze optie was, zie ik niet in waarom de overheid niet eerder afgeschaft was. Ik verbaas me er dan ook over met welk gemak sommige rechtssociologen en rechtstheoretici de rol van wetgever in het wetgevingsproces bagatelliseren, alsof hij slechts een van de mogelijke spelers is, gelijk-

60 Westerman 2005, p. 300.

61 Deze notie is ontleend aan Sally Falk Moore (vgl. o.m. Witteveen 1991, p. 130).

waardig aan alle andere private en publieke spelers. Ik ben het geheel eens met Rob Schwitters, wanneer hij tegen Hertogh inbrengt:⁶²

‘Yet, in my view, to reject that the legislature has a final say is to some extent as implausible as to reject that a referee has a final say in granting a goal in soccer. Hertogh’s position does not acknowledge that top-down mechanisms may be socially embedded, and that they may create pre-dispositions among addressees to accept their decisions.’

Er is een centrale instantie in het wetgevingsproces nodig, die het initiatief tot wetgeving neemt, bepaalt wie over de inhoud van de wet mag meepraten en uiteindelijk de knoop doorhakt over welke regels te gelden hebben. Dit toeschrijvingspunt voor wetgevende handelingen, die na veel overleg en discussie uitmonden in concrete wetten, is in onze nationale rechtsorde nog altijd de wetgever.

Ad 2. Stamhuis heeft ongetwijfeld gelijk wanneer zij stelt dat veel wetgeving in de praktijk het product is van compromisvorming. De vraag is echter of dit empirische gegeven noodzakelijk de aanname van een consensus op een meer algemeen en abstract niveau in de weg staat. Om op een zinvolle manier met elkaar van mening te kunnen verschillen moet men, hermeneutisch gesproken, het eerst over een aantal fundamentele zaken eens zijn, bijvoorbeeld over het belang van de rechtsstaat en de hiertoe behorende beginselen. Deze overeenstemming is abstract van aard en laat veel verschil van mening toe bij de concrete uitwerking, maar is daarmee niet gelijk betekenisloos, zoals Stamhuis met haar samenvoeging ‘abstract-insignificant’ suggereert. Deze abstracte consensus zorgt er immers voor dat het strijdperk waarbinnen over de uitleg van de wet *in concreto* gestreden kan worden, wordt afgebakend, doordat de deelnemers aan het debat op voorhand van elkaar weten welke *topoi* (of algemene gezichtspunten) wel en niet in het debat ingebracht mogen worden.⁶³ De communicatieve benadering van wetgeving gaat er niet van uit dat er in de gehele samenleving consensus bestaat over de waarde van de wet in kwestie. Ze poneert uitsluitend een ‘basisconsensus’ onder de leden van de interpretatiegemeenschap die met de uitvaardiging van een wet in het leven wordt geroepen. Dat wil zeggen, dat degenen die zich met de uitleg van de wet in de praktijk bezighouden – niet alleen rechters en bestuurders, maar bijvoorbeeld ook wetenschappers en publicisten (zie par. 2) – het er in ieder geval

62 R. Schwitters, ‘Symbols Work’, in: N. Zeegers, W. Witteveen & B. van Klink (red.), *Social and Symbolic Effects of Legislation under the Rule of Law*, Lewiston: The Edwin Mellen Press 2005, p. 89-111.

63 Van den Brink maakt een vergelijkbaar punt: ‘Bovendien zorgen bepaalde, binnen de democratische rechtsstaat boven fundamentele principes zoals volksovereiniteit, rechtszekerheid, legaliteit en de scheiding tussen staat en samenleving ervoor dat niet alle denkbare redenen kunnen worden aangevoerd om bestaande en zich ontwikkelende wetgeving te bekritisieren’ (B. van den Brink, ‘Wegen en standaards van communicatie: een deliberatief-democratische visie op communicatieve wetgeving’, in: B. van Klink & W. Witteveen (red.), *De overtuigende wetgever*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 239-258, p. 247). Hij geeft een op Habermas geïnspireerde verdediging van het ideaal van consensus, die in zijn normatieve aspiratie verder gaat dan de hier gegeven topisch-retorische verdediging.

over eens zijn dat de wet van waarde is. Degenen die de wet verwerpen, zijn niet bezig met de uitleg van de wet, maar met de bekritisering ervan teneinde de afschaffing ervan te bewerkstelligen. De leden van de interpretatiegemeenschap onderschrijven in grote lijnen de doelstellingen die met de wet worden nagestreefd en de wijze waarop dat gebeurt.⁶⁴ Hoewel er onenigheid kan en zal ontstaan over de vraag hoe de wet in het concrete geval toegepast dient te worden, zijn de leden van deze gemeenschap het erover eens welk interpretatiekader gehanteerd moet worden om het meningsverschil op te lossen. Minow stelt in dit verband: 'Community means not total agreement, but instead commitment to share a "communicative framework".'⁶⁵

Poorts pleidooi voor een 'ethos of controversies' (zie par. 3) spreekt mij op zich aan. Ik ben het met haar eens dat het van belang is in alle fasen van het wetgevings- en implementatieproces – vanaf de departementale voorbereidingen tot en met de uitvoering en toepassing van de wet in de rechtspraak – ruimte te geven aan een verscheidenheid aan stemmen en tegenstemmen en niet te snel op consensus aan te sturen. Tegelijk is het onvermijdelijk dat, om tot een besluit te komen over bijvoorbeeld een wetsvoorstel of een rechterlijke uitspraak, de betrokken personen in ieder geval op een (betekenisvol) abstract niveau overeenstemming met elkaar bereiken. Dat betekent dat er uiteindelijk altijd gezichtspunten zullen moeten worden uitgesloten of van minder gewicht moeten worden verklaard. Het verschil van mening kan niet eindeloos worden voortgezet, omdat er anders nooit een wet kan worden vastgesteld of een uitspraak kan worden gedaan. Het 'ethos van controversies' moet dus op het beslissende moment – dat wil zeggen het moment van beslissen – een beroep doen op het 'ethos of consensus', zonder welke de controverse maar zou blijven voortduren. De cruciale vraag, rechtsstatelijk gezien, is hoe op *legitieme* wijze tot een politiek of juridisch besluit kan worden gekomen. Noch de interactieve benadering, noch de communicatieve benadering van wetgeving is er tot op heden in geslaagd hierop een bevredigend antwoord te geven.⁶⁶ Op welke manier dient de selectie (ofwel de in- en uitsluiting) van gezichtspunten plaats te vinden die voor juridische en politieke besluitvorming is vereist? De oproep tot een 'permanente morele discussie'⁶⁷ biedt geen soelaas aan de rechtspraak, waarin die discussie ook eens tot een goed einde moet worden gebracht.

Ad 3. Een van de punten die mij op dit moment nog het meest aanspreken in de communicatieve benadering, is de visie op de (symbool)werking van wetgeving die eraan ten grondslag ligt. Deze visie heb ik later, toen ik al afstand had genomen van de communicatieve benadering, uitgewerkt aan de hand van Gadamer's

64 Vgl. Van Klink 1998, p. 95.

65 Minow 1990, p. 294.

66 Poort 2013, p. 165, erkent dat ook: '[A]n ethos of controversies is a way of normative thinking in legal politics, and not a method for decision-making.' Wat ontbreekt is evenwel niet zozeer een 'methode' van besluitvorming, als wel een *normatieve verantwoording* van de manier waarop de controverse beëindigd zou moeten worden.

67 Van der Burg 2000, p. 117.

notie van 'Wirkungsgeschichte'.⁶⁸ Kort gezegd gaat het erom dat er bij wetgeving in het algemeen en communicatieve wetgeving in het bijzonder geen vooraf gegeven concrete doelen zijn waaraan het succes of het falen van de wetgeving afgemeten kan worden, maar dat in het proces van uitvoering en toepassing de steeds voorlopige betekenis van de wet en de daaraan ten grondslag liggende doelstellingen worden vastgesteld. Dat betekent dat er bij de bepaling van de werkzaamheid of effectiviteit van de wet geen beroep gedaan kan worden op een 'oorspronkelijke' betekenis van die wet.⁶⁹

'From a truly effective-historical point of view, we cannot appeal – as defenders of the correspondence theory have to do – to some "ideal" meaning of the law; the meaning of the law is established over and over again in its application to a concrete situation, so it never has a pre-given meaning (or "fore-meaning") that only should be produced relatively automatically in particular cases (...) [T]he only standard we are allowed to apply, hermeneutically speaking, is a minimal, though nonetheless debatable standard of reasonableness: the effects can reasonably be traced back to a preceding understanding, however defective, of the law at hand – thus not to a habit, a social convention, a religious or moral conviction, et cetera.'

Er is sprake van symboolwerking wanneer de wet burgers aanzet of inspireert tot denken, spreken en handelen op basis van een bepaald (niet noodzakelijk correct) begrip van de wet. Met zijn eenzijdige gerichtheid op waarneembaar gedrag mist Griffiths dat aan gedragsverandering vaak een wijziging van mentaliteit voorafgaat. Volgens Schwitters houdt Griffiths in diens *Social Working Approach* onvoldoende rekening met dergelijke indirecte effecten op het denken en spreken. Schwitters concludeert: 'It is not possible to give an adequate account of rule-following behaviour if it is not acknowledged that symbols may work.'⁷⁰ Deze visie op symboolwerking gaat er – tegen de gangbare 'correspondence theory' van effectiviteit in – van uit dat effectiviteit geen kwestie is van overeenstemming tussen het gedrag van burgers enerzijds en de oorspronkelijke betekenis van de wet anderzijds. Lindahl voert terecht aan: 'De vraag naar de effectiviteit van wetgeving kan slechts gesteld en beantwoord worden binnen het voortschrijdende proces waarin de wet wordt geherinterpreteerd.'⁷¹ De betekenis van de wet is inzet van een voortgaande discussie en in die discussie wordt er steeds weer een nieuwe invulling gegeven aan de normen waaruit de wet bestaat en de doelen die daarmee worden nagestreefd. Dit geldt in het bijzonder voor communicatieve wetgeving, waarin met open, aspiratieve normen wordt gewerkt. De symbolische betekenis van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid, die in mijn proefschrift centraal stond, is er dus niet in gelegen

68 Vgl. B. van Klink, 'An Effective-Historical View on the Symbolic Working of Law', in: N. Zeegers, W. Witteveen & B. van Klink (red.), *Social and Symbolic Effects of Legislation under the Rule of Law*, Lewiston: The Edwin Mellen Press 2005, p. 113-145.

69 Van Klink 2005, p. 137-138.

70 Schwitters 2005, p. 108.

71 Lindahl 2000, p. 185.

– zoals Lindahl (2000, p. 184-185) het treffend uitdrukt – dat ‘zij op de langere termijn “effectiever” zou zijn dan instrumentele wetgeving, maar veeleer dat zij erkent dat er geen vast punt, geen vooraf te bepalen maatstaf, bestaat van waaruit men kan beslissen wat effectieve wetgeving inzake gelijke behandeling is’.⁷² Juist omdat symboolwerking geen vooraf gegeven betekenis van de wet vooronderstelt, is zij geen ‘listige truc’ van de wetgever om alsnog via de achterdeur van de mentaliteitsbeïnvloeding zijn doelen te bereiken.⁷³ Het gaat veeleer om een complex hermeneutisch proces, waarbij die doelen in de praktijk van de uitvoering en toepassing van de wet gaandeweg gestalte krijgen met inbreng van diverse publieke en private actoren. De wetgever heeft, door het vastleggen van open normen, de controle over dit proces grotendeels uit handen gegeven aan andere juridische en politieke instanties. Van ‘communicate and control’, zoals Hertogh stelt, kan derhalve geen sprake zijn – het is eerder ‘communicate and confer’ (in de zin van het overdragen van wetgevende bevoegdheden).

Ad 4. Op de volgende twee punten kan ik niet anders dan instemmen met de critici van de communicatieve benadering. Ik ben het met Lindahl en anderen eens dat een fundamenteel onderscheid tussen communicatieve en instrumentele wetgeving onhoudbaar is. Ook instrumentele wetgeving moet worden uitgelegd en vereist daarom een interpretatiegemeenschap. Communicatieve wetgeving, op haar beurt, maakt deel uit van een hiërarchische structuur van normen en kan met de harde hand worden afgedwongen. In een latere publicatie over de Wet op de uitgebreide identificatieplicht heb ik de relatie van wederzijdse afhankelijkheid tussen symboliek en instrumentaliteit als volgt omschreven:

‘Paradoxaal uitgedrukt is een wet symbolisch voor zover zij een geloofwaardig beroep doet op instrumentaliteit en is zij instrumenteel in de mate waarin zij erin slaagt om haar eigen instrumentaliteit symbolisch aanwezig te stellen.’⁷⁴

Het onderscheid tussen communicatieve en instrumentele wetgeving is dus hoogstens gradueel van aard. Maar liever zou ik – in navolging van Van der Burg – het hele onderscheid opgeven en in plaats daarvan de aandacht richten op de verschillende functies die wetgeving in algemene zin kan vervullen. De Duitse staatsrechtsgeleerde Georg Jellinek stelde reeds dat het recht niet alleen een ordenende functie, maar ook altijd een symbolische dimensie heeft:⁷⁵

⁷² Lindahl 2000, p. 184-185.

⁷³ Van den Brink 2000 gaat nader in op het belang van mentaliteitsverandering voor de rechtsstaat en op de voorwaarden waaronder de staat deze verandering mag bevorderen.

⁷⁴ B. van Klink, ‘De symbolische instrumentaliteit van de Wet op de uitgebreide identificatieplicht’, in: B. van Klink & N. Zeegers (red.), *Hoe maakbaar is veiligheid? Over de Wet op de uitgebreide identificatieplicht*, Breda: Papieren tijger 2006, p. 71-78, p. 77.

⁷⁵ Geciteerd uit een nog niet gepubliceerd artikel van Oliver W. Lembcke en mij, getiteld ‘Staats(rechts)lehre oder Rechts(staats)lehre? Zum Rechtspositivismus bei Jellinek und Kelsen’, dat in 2014 zal verschijnen in een bundel over Jellinek in de Politika-reeks van Mohr Siebeck in Tübingen.

‘Neben dieser Ordnungsleistung, die sich auf Bestandssicherung der Gesellschaft erstreckt, besitzt das Recht aber auch eine symbolische Dimension (mit appellativen Orientierungscharakter): In dieser Hinsicht ist die Rechtsordnung Ausdruck eines gesellschaftlichen Selbstverständnisses, das sich an die innere Haltung der Bürger richtet.’

Het blijft dan nog wel mogelijk – zoals Witteveen en Van Klink ook doen⁷⁶ – te spreken over een ‘communicatieve stijl’ van wetgeven, wanneer zowel bij de vaststelling als bij de uitvoering van wetgeving de dialoog met (vertegenwoordigers van) de samenleving wordt gezocht. In tegenstelling tot de instrumentele stijl worden burgers intensief betrokken bij het wetgevings- en implementatieproces. Ik zou echter niet langer de opvatting willen verdedigen dat de communicatieve stijl op een niet-hiërarchisch communicatiemodel is gebaseerd, waarbij de wet wordt opgevat als ‘een uitnodiging tot dialoog tussen in meerdere of mindere mate gelijkwaardige partijen’.⁷⁷ De relatie tussen de wetgever en andere partijen die bij het wetgevingsproces zijn betrokken, is per definitie niet gelijkwaardig, omdat het uiteindelijk de wetgever is die, na alle overleg en discussie, eenzijdig de wetgeving vaststelt.⁷⁸

Ad 5. Daarmee kom ik op het laatste punt. Ik erken, met Lindahl, dat de communicatieve benadering onvoldoende rekenschap aflegt van de processen van in- en uitsluiting waarmee het wetgevingsproces gepaard gaat. Er vindt altijd een selectie plaats: niet iedereen wordt toegelaten tot het debat over een wetsvoorstel, de interpretatiegemeenschap zal nooit volledig inclusief zijn,⁷⁹ niet elke norm kan juridisch worden, enzovoort. Elke vorm van juridische communicatie begint met een niet-communicatief moment, waarbij moet worden besloten wie tot de communicatie wordt toegelaten en wie niet, en eindigt ook weer op niet-communicatieve wijze, wanneer de veelheid aan gezichtspunten tot de eenheid van een besluit moet worden teruggebracht. Robert Cover laat zien dat het recht niet zonder geweld kan worden begrepen.⁸⁰ Elke beslissing van een juridische gezagsdrager bevestigt een *nomos*, ofwel een bepaalde normatieve wereld met de daarbinnen geldende waarden, en onderdrukt – of vernietigt, zoals Cover het uitdrukt – andere werelden. Het verbod op het dragen van een boerka of een nikab, zoals dat in verschillende Europese landen geldt (waaronder Spanje en Frankrijk), bevestigt de liberale waarde van een open communicatie, maar onderdrukt de

76 W. Witteveen & B. van Klink, ‘De overtuigende wetgever’, in: B. van Klink & W. Witteveen (red.), *De overtuigende wetgever*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 5-28, p. 5-6.

77 Witteveen & Van Klink 2000, p. 5.

78 Zie ook Van Klink 2005, p. 116-117.

79 Zo vraagt Azimi zich af of iedereen wel in staat is tot deelname aan een interpretatiegemeenschap, zeker wanneer de actoren in kwestie ‘geen “specialisten” zijn en niet dagelijks met wettelijke normen en open normstellingen werken’ (A. Azimi, *Open norm als maatwerk? De communicatieve benadering toegepast op de Arbeidsomstandighedenwet 1998* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 192).

80 R. Cover, ‘Nomos and Narrative’, in: M. Minow, M. Ryan & A. Sarat (red.), *Narrative, Violence, and the Law. The Essays of Robert Cover*, Ann Arbor: The University of Michigan Press 1995, p. 95-172. Vgl. ook Van Klink 2000, p. 119-120.

islamitische waarde van de bescherming van de vrouw. Het is onvermijdelijk dat een juridische beslissing geweld aandoet aan (ten minste een van de) betrokken partijen en de normatieve wereld waarvan zij deel uitmaken. Vanwege het moreel pluralisme in de samenleving is er vaak geen algemeen aanvaardbare normatieve grondslag voor de te nemen besluiten te vinden.

De vraag is evenwel wat de concrete implicaties voor de theorie en de praktijk van wetgeving zijn van het inzicht 'dat er nooit een weg te werken rest van geweld is in de interpretatieve handeling waarbij de samenleving zich een "wij" noemt'.⁸¹ Op welke manier dient de selectie van deelnemers aan het wetgevingsdebat op communicatief verantwoorde manier plaats te vinden, in de erkenning dat niet iedereen kan, mag of wil meedoen? Hoe moeten we de normen vaststellen in de afwezigheid van de gedeelde normen? Op welke wijze kan de normontwikkeling na vaststelling van de wet op een zo communicatief of interactief mogelijke manier worden voortgezet? Op deze lastige vragen moet de communicatieve benadering van wetgeving vooralsnog het antwoord schuldig blijven.

5. De toekomst van symboolwetgeving

Is er nog toekomst voor symboolwetgeving? Ten tijde van crisis is de verleiding voor de overheid groot om haar toevlucht te nemen tot symbolische maatregelen. In het huidige politieke klimaat waarin de ongeduldige burger snel resultaat verwacht, is het soms makkelijker om een wet uit te vaardigen die daadkracht suggereert dan daadwerkelijk daadkrachtig op te treden, zoals de strafbaarstelling van illegaliteit illustreert (zie par. 1). Symboolwetgeving in negatieve zin kan leiden tot een tijdelijke pacificatie tussen de strijdende partijen en even voor de gewenste sociale rust zorgen. Maar de vraag is hoeveel we daarmee op de langere termijn opschieten. Zodra de burger inziet dat het probleem vooral cosmetisch is opgelost, zal zijn vertrouwen in de overheid beschadigd raken.⁸² Met de strafbaarstelling van illegaliteit verdwijnt het vreemdelingenvraagstuk niet van tafel, maar worden vreemdelingen gedwongen nog meer ondergronds te opereren, uit het zicht van de overheid, met alle negatieve gevolgen van dien. Ook zal de eventuele invoering van minimumstraffen weinig tot niets bijdragen aan de criminaliteitsbestrijding, aangezien de preventieve werking van straffen over het algemeen beperkt is. Wetgeving die wordt ingezet voor dubieuze politieke doeleinden, ondermijnt uiteindelijk het gezag van de wetgever. Tegelijk moet worden gewaakt voor een te gemakzuchtig politiek-retorisch gebruik van het begrip, waarbij bij voorbaat elk wetsvoorstel dat met de eigen ideologie strijdig is als 'symboolwetgeving' wordt afgeserveerd. Niet elke (schijnbaar) onwerkzame wet is een symboolwet. Soms is de enkele juridische bevestiging van een fundamentele waarde in zichzelf waardevol (zoals bij expressiewetgeving). Zo heb ik persoonlijk weinig moeite met de juridische erkenning van het onderscheid tussen zaken en dieren,

81 Lindahl 2000, p. 188.

82 Schuyt geeft aan dat ineffectiviteit van rechten aanvankelijk 'systeemstabiliserend', maar uiteindelijk 'systeemplabiliserend' werkt (C.J.M. Schuyt, *Tussen macht en moraal. Over de plaats van het recht in verzorgingsstaat en democratie*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1983, p. 188).

omdat in de dagelijkse beleving dieren in toenemende mate als wezens met een intrinsieke waarde worden gezien, nog net niet gelijk aan mensen, en niet langer als objecten waarover de mens vrijelijk kan beschikken. Soms heeft de wet langere tijd nodig om werkzaam te worden of sorteert ze haar effecten eerder op geestelijk dan op materieel vlak (zoals bij mentaliteitswetgeving). Of het kan ook simpelweg gaan om wetgeving die ondeugdelijk is en voor vervanging of ingrijpende verandering in aanmerking komt.

Zoals aangegeven, zou ik in het vervolg niet langer de begrippen 'symboolwetgeving in positieve zin' of 'communicatieve wetgeving' willen hanteren. Verreweg de meeste wetgeving vervult in meer of mindere mate zowel instrumentele als symbolische functies. Wat mij nog steeds aanspreekt in de communicatieve en de interactieve benadering van wetgeving is de aandacht voor de symbolische (ofwel communicatieve en expressieve) functies van wetgeving, die in het reguliere effectiviteitonderzoek vaak onderbelicht blijven. Ook roepen beide benaderingen – waartussen ik geen principieel onderscheid maak – terecht op tot versterking van de participatie van private actoren en organisaties bij het wetgevings- en implementatieproces. Voor zowel de legitimiteit als de werkzaamheid van wetgeving is responsiviteit bij de vaststelling en de uitvoering van wetgeving van wezenlijk belang.

In de hierboven weergegeven discussie over de communicatieve benadering zijn er enkele vraagstukken naar voren gekomen die nadere theoretische reflectie vergen. Om te beginnen moet beter rekenschap worden afgelegd van de processen van in- en uitsluiting waarmee wetgeving onvermijdelijk gepaard gaat. Niet iedereen kan, mag of wil meepraten over wetgeving, maar hoe kan worden gegarandeerd dat de deelnemers aan het wetgevingsdebat een enigszins representatieve afspiegeling van de bevolking vormen?⁸³ (Hoe) kan worden gerechtvaardigd dat bepaalde partijen – vaak aan de uitersten van het politieke spectrum, ter linker- en rechterzijde – stelselmatig worden genegeerd? Om tot een besluit te komen is het noodzakelijk dat op een bepaald moment gezichtspunten worden uitgesloten. Poort stelt: 'Exclusion of viewpoints cannot be prevented, but by continuing to explicate the controversies that define the problem, these positions will at least not become inferior.'⁸⁴ Ik ben er echter niet zeker van dat de enkele explicitering van de betrokken geschilpunten voldoende is. Wanneer een positie in het politieke debat steeds het onderspit delft, zullen aanhangers ervan zich toch buitengesloten voelen en wantrouwen tegen het politieke en juridische systeem gaan ontwikkelen.⁸⁵ Aan welke voorwaarden moeten de inrichting en uitvoering van het debat derhalve voldoen, opdat de uiteindelijke keuze voor een bepaald gezichtspunt legitiem mag heten?

Vervolgens is de vraag op welke manier kan of moet worden gewaarborgd dat op de verschillende niveaus van de normontwikkeling de discussie met de samenle-

83 Lindahl 2000, p. 184, stelt terecht dat de communicatieve benadering van wetgeving kan worden opgevat als een 'pleidooi voor vernieuwde vormen van democratische representatie'.

84 Poort 2013, p. 158.

85 Populistische partijen fungeren vaak als een magneet voor de onbegrepen, rancuneuze burger die zich niet door bestaande politieke partijen gerepresenteerd voelt.

ving wordt aangegaan. In zowel de communicatieve als de interactieve benadering van wetgeving bestaat er een sterke voorkeur voor een open normstelling. Maar het enkele gegeven dat in wetgeving open normen zijn opgenomen, garandeert nog niet dat de instanties die met de uitvoering en toepassing van deze wetgeving zijn belast, dat op een interactieve of communicatieve wijze zullen doen. Ook kleven er, rechtsstatelijk en democratisch gezien, nadelen aan een open normstelling, omdat minder of niet-democratisch gelegitimeerde publieke actoren verantwoordelijk worden gemaakt voor de invulling van de norm en de burger dus pas achteraf – na de toepassing van de norm in een concreet geval – weet wat de norm inhoudt. In de interactieve benadering wordt deze wetgevingsstrategie met name aanbevolen voor controversiële morele kwesties. Met de keuze voor een open normstelling wordt oplossing van de controverses doorgeschoven naar andere instanties. Daarvoor kunnen goede praktische en inhoudelijke redenen zijn, want die instanties weten vaak beter dan de wetgever wat er op de ‘werkvloer’ speelt en welke normen daar gelden. Maar mogen we ook niet van de wetgever verwachten, *juist in fundamentele kwesties die raken aan basale noties van goed en kwaad*, dat hij een helder normatief kader aanreikt waarmee de controverses hanteerbaar en beheersbaar wordt gemaakt? Is een communicatieve wetgevingsstrategie dus, in de gegeven omstandigheden, altijd de beste oplossing? En hoe bevordert je dat het communicatieproces ook na de uitvaardiging van de wet wordt voortgezet?

Tot slot vraagt de relatie tussen wetgever en samenleving nadere doordenking. In de interactieve benadering bestaat de neiging om deze relatie als horizontaal en gelijkwaardig op te vatten,⁸⁶ terwijl er toch – lijkt mij – een instantie moet zijn die het initiatief neemt tot wetgeving, de discussie hierover leidt of ten minste begeleidt, en uiteindelijk, na een uitvoerig maatschappelijk en politiek debat, de wet vaststelt. Tegelijk is duidelijk dat de wetgever hierbij niet zonder de inbreng van de samenleving kan. Regels die te ver weg staan van wat burgers als rechtvaardig beschouwen, zullen als niet-legitiem worden ervaren en kunnen alleen met harde hand worden afgedwongen. Op welke manier kan deze asymmetrische verhouding van wederzijdse afhankelijkheid, maar tevens onophefbare ongelijkheid nu het beste theoretisch worden gekarakteriseerd en praktisch worden vormgegeven?

Wanneer in de communicatieve en interactieve benadering van wetgeving meer aandacht wordt gegeven aan deze vraagstukken, dan zie ik hiervoor nog een mooie toekomst.

86 Poort 2013, p. 30, erkent dat deze relatie zowel horizontale als verticale aspecten heeft, maar ze werkt het verticale aspect niet verder uit.